

monio civil. La Suprema Corte decidió que el ministro del culto no había podido proceder á la celebración del matrimonio religioso. (1) No es posible prevalerse del estatuto personal contra una ley que concierne esencialmente al orden social. Tampoco es dado cometer un delito en nombre de la libertad religiosa.

1 Sentencia de la Corte de Casación de 19 de Enero de 1852 (*Pasichrisia*, 1852, 1, 85). La Corte de París ha decidido que el matrimonio celebrado entre una francesa y un extranjero ante el ministro protestante es nulo (Sentencia de 18 de Diciembre de 1837, en *Dalloz*, *Repertorio*, en la palabra *Matrimonio*, núm. 590, 1°)

CAPITULO II.

DE LAS CONDICIONES REQUERIDAS PARA LA EXISTENCIA DEL MATRIMONIO.

§ I.—DE LA DISTINCION ENTRE LOS MATRIMONIOS INEXISTENTES Y LOS MATRIMONIOS NULOS.

269. El capítulo I del título V se intitula: *De las cualidades y condiciones requeridas para poder contraer matrimonio*. Estas condiciones son: la edad, el consentimiento de los contrayentes, el consentimiento de los ascendientes ó de la familia, la falta de impedimentos y la celebración pública del matrimonio por el oficial del estado civil competente. ¿Será necesario distinguir entre estas condiciones las que están prescriptas para la existencia del matrimonio y las que sólo lo están para su validez? Ya hemos dicho, al tratar de la autoridad de la ley, que la doctrina establece una distinción entre las actas nulas, es decir, anulables, y las que para la ley no tienen existencia; llamaremos á estas últimas *inexistentes*, aunque no sea admitida la palabra por la Academia, pero expresa enérgicamente el pensamiento de los autores.

Las actas nulas, por viciadas que estén, existen, sin embargo, y producen todos los efectos jurídicos que les son inherentes en tanto que no hayan sido anuladas. Debe, por consiguiente, para que dejen de producir efectos jurídicos, intentarse la acción de nulidad; dejan de existir única-

mente desde que se pronuncia el fallo que declara su anulación. Si no se intenta la acción de nulidad las actas, aunque nulas, producirán los mismos efectos que si no contuvieran vicios. No sucede lo mismo con las actas in-existentes. La misma palabra indica que no pueden producir efecto alguno; la nada no puede tener ninguna fuerza, ningún poder. Como estas actas no tienen existencia legal no es necesario combatirlas; debe agregarse: lógicamente no se concibe que se pida la anulación de una acta inexistente; ¿puede pedirse el anadamiento de la nada? Poco importa, por lo mismo, que no se promueva judicialmente para destruir estas actas que no tienen más que una existencia aparente; siempre será un hecho cierto decir que no existen, y en cualquiera época que se prevalgan de ellas en contra nuestra podremos rechazarlas diciendo que se nos opone la nada. Sucede lo contrario con las actas nulas. Puesto que éstas deben ser anuladas por el juez para que pierdan sus efectos se necesita intentar la acción de nulidad dentro del plazo prescripto por la ley; transcurrido este plazo prescribe la acción de nulidad y el acta nula se vuelve del todo válida. En tanto que el acta inexistente nunca puede ser válida porque la nada siempre es nada.

Síguese de esto que las actas nulas pueden ser confirmadas. El vicio que las desvirtúa desaparece con la confirmación de aquel que tenía el derecho de pedir la nulidad. No estando establecido este derecho más que en su favor es libre de renunciarlo, y si lo renuncia ya no hay razón para que el acta sea nula, es tan válida como si nunca hubiera contenido vicios. ¿Es lo mismo respecto de las actas in-existentes? Nó, en éstas no existe vicio que pueda desaparecer con una renuncia. Acabamos de decir que de una acta inexistente no nace la acción de nulidad; ¿cómo, pues, se renunciaría á ella? Confírmese la nada tanto cuanto se quiera, que no por eso dejará de ser nada.

270. La distinción de las actas nulas y de las actas in-existentes conduce á distinguir las condiciones requeridas para la existencia de las actas jurídicas de aquellas que se requieren para su validez. Hay condiciones sin las cuales no podría existir una acta jurídica; si falta una de esas condiciones el acta es inexistente. Hay otras condiciones requeridas para la validez de las actas; si adolecen de defecto el acta es nula, pero existe por eso mismo, porque se supone que no le falta ningún elemento requerido para su existencia. La distinción se concibe muy bien en teoría; veamos si recibe su aplicación en el matrimonio. Zachariæ, el primero que lo ha demostrado científicamente, establece las siguientes condiciones para que el matrimonio exista: la diferencia de sexo, el consentimiento, la solemnidad. Todas las demás condiciones ó cualidades exigidas para poder casarse no están prescriptas más que para la validez del matrimonio. Si falta una de las condiciones requeridas para la existencia del matrimonio el matrimonio es inexistente; si lo que falta es una condición requerida para la validez el matrimonio es nulo. (1) Vamos á exponer en primer lugar la teoría de Zachariæ; después veremos si esta teoría es la del Código.

§ II.—CUALES SON LAS CONDICIONES REQUERIDAS PARA LA EXISTENCIA DEL MATRIMONIO.

271. Las partes contratantes deben ser de distinto sexo. Si una mujer se casara con una mujer ó un hombre con un hombre no habría ciertamente matrimonio. Se ha presentado el caso con un hermafrodita. (2) ¿Debe decirse que semejante matrimonio es nulo; es decir, anulable? Eso im-

¹ Zachariæ, *Curso de derecho civil francés*, t. III, pfo. 450, p. 210.

² Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Hermafrodita*; *Gaceta de los Tribunales* de 19 de Abril de 1834.

plicaría que la nulidad debe ser solicitada y que si no lo fuera existiría el matrimonio y produciría todos los efectos de una unión legítima. Ahora bien, esta suposición es insensata. Aun cuando nunca se hubiera pedido la nulidad, aun cuando transcurrieran treinta años sin que hubiese ni acción ni fallo, el pretendido matrimonio de dos personas del mismo sexo no dejaría de ser un matrimonio inexistente. Esta unión es, pues, más que nula: no existe. ¿Deberá decirse lo mismo si hubiere impotencia? En teoría puede sostenerse, y esa es la opinión de Zachariæ: un hombre impotente no es hombre, puesto que le falta la condición esencial de la virilidad. ¿Ha admitido esta teoría el Código? La cuestión es muy dudosa, ora se considere el matrimonio como inexistente, ora se le considere sólo como nulo. Más adelante la examinaremos.

272. El consentimiento de los contrayentes es una condición sin la cual no se concibe el matrimonio. Es de la esencia del matrimonio que los futuros cónyuges hayan consentido respectivamente en recibirse por marido y mujer. Supóngase que el oficial del estado civil haya celebrado el matrimonio sin que uno de los futuros cónyuges haya declarado que consiente en él: el matrimonio sería más que nulo, sería inexistente. Sin consentimiento no hay nada, sólo existe el vacío. Lo mismo sucedería si hubiera incapacidad absoluta para consentir. Uno de los comparecientes es atacado de demencia en el momento mismo en que declara que consiente, ó se halla en tal estado de embriaguez que no está capaz de manifestar su voluntad; no habrá matrimonio porque sin manifestación de voluntad no hay consentimiento y sin consentimiento no hay matrimonio. No sería lo mismo si el consentimiento de uno de los cónyuges estuviera viciado por la violencia ó el error. Los vicios del consentimiento aun el más radical, que es el error, no dan lugar, en la teoría del Código Civil,

más que á una acción de nulidad; de consiguiente, el matrimonio será nulo, pero existirá. Esta distinción está también fundada en razón, al menos por la violencia; el consentimiento existe: desde ese momento existe también el acta jurídica; pero estando viciado el consentimiento también lo está el acta; es decir, es nula. La cuestión es más dudosa con el error, especialmente cuando recae sobre la identidad de la persona: en este caso ¿el matrimonio es inexistente ó nulo? Ya volveremos á tocar ese punto.

¿Qué hay que decir de los sordomudos? El proyecto de Código los declaraba incapaces de contraer matrimonio, á no ser que se justificara que estuvieran capaces de manifestar su voluntad. Esta disposición aplicaba á los sordomudos el principio del consentimiento, pero estaba mal formulada porque establecía en principio la incapacidad, siendo así que la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción. El Primer Cónsul y Portalis hicieron la observación de ello. (1) Esto equivalía á decir que era necesario dejar á los sordomudos bajo el imperio del derecho común. Si se hallan en estado de manifestar su voluntad podrán contraer matrimonio; si no pueden manifestar su voluntad el consentimiento se haría imposible; de consiguiente, si se celebraba el matrimonio sería inexistente. En vano se alegraría que han podido consentir, que tal vez han consentido; se contestaría que el consentimiento no es un acto que pasa en la intimidad de la conciencia sino que es un acto externo. Un consentimiento no manifestado no es un consentimiento y, en consecuencia, no hay tal matrimonio.

273. El matrimonio es un acto solemne; debe celebrarse con las formalidades prescriptas por la ley. ¿Quiere decir que se requieren todas esas formalidades para la existencia

¹ Sesión del Consejo de Estado de 26 Fructidor, año IX [Loaré, t. II, ps. 311, 314 y 315, núms. 1, 11 y 12].

del matrimonio ó al menos para su validez? En teoría, según las disposiciones del Código, es necesario distinguir. Hay formalidades que, relativamente, son de tan poca cuantía que su inobservancia no puede traer consigo la nulidad del matrimonio; éste existe, pues, y es válido. Por el contrario, hay formalidades substanciales sin las que no se concibe el matrimonio. No basta que los futuros cónyuges consientan en recibirse por marido y mujer, es necesario que ese consentimiento sea declarado ante un oficial público representante de la sociedad; él es quien declara en nombre de la ley que las partes contratantes quedan unidas en matrimonio (art. 75). De consiguiente, sin oficial público no hay matrimonio. No basta un oficial público cualquiera, se necesita que sea el oficial del estado civil; si otro funcionario celebrara el matrimonio como no tendría ninguna calidad para ello sería como si un advenedizo procediera á la celebración del matrimonio; en realidad no habría oficial civil y, en consecuencia, tampoco habría matrimonio. De otra suerte sería si el matrimonio se celebrara por un oficial del estado civil, pero que no tuviera competencia. En este caso ya no puede decirse que no hay oficial civil; por consiguiente, el matrimonio existiría, pero adolecería de vicio en razón de la incompetencia del que lo ha celebrado; sería un matrimonio nulo.

La presencia del oficial público es, en concepto nuestro, la única solemnidad prescrita para la existencia del matrimonio. Zachariæ exige, además, que la expresión del consentimiento de los contrayentes sea consignada en el acta de celebración que debe levantar el oficial del estado civil. Verdad es que lo exige el Código (art. 75). ¿Resultaría que el matrimonio sería inexistente si el oficial público descuidara llenar esa formalidad? Según el derecho común que rige los actos solemnes habría que contestar afirmativamente. El art. 1339 declara inexistente la do-

nación por el solo hecho de ser nulo en la forma el acto testimoniado. ¿Se puede aplicar por analogía esta disposición al matrimonio? No lo creemos. El Código prescribe solemnidades cuya inobservancia no está sancionada sino con una multa; hay algunas que no tienen sanción. De consiguiente, no pueden aplicarse al matrimonio los principios generales de los contratos pecuniarios. En razón de la importancia de este acto y de las consecuencias graves que resultan de su nulidad ó de su inexistencia el legislador ha debido establecer principios especiales. La cuestión corresponde, pues, al derecho positivo: ahora bien, no se ve que la ley declare inexistente el matrimonio cuando no se ha expresado el consentimiento; si realmente ha sido dado el matrimonio es válido, á menos que se haga rectificar el acta. Zachariæ confiesa que las partes son admitidas para probar que han expresado su consentimiento. Sentado esto la falta de mención no es más que un vicio que puede ser reparado y, en consecuencia, no puede decirse que el matrimonio sea inexistente. (1)

§ III.—¿HA SANCIONADO EL CODIGO LA DOCTRINA DE LAS ACTAS INEXISTENTES?

274. La cuestión es muy dudosa. Desde luego hay un error respecto de la teoría de las actas inexistentes, el cual ignora Pothier, y ya se sabe que Pothier es el guía constante de los autores del Código de Napoleón. Ese autor no hace distinción entre las actas inexistentes y las actas nulas. En su *Tratado de las Obligaciones* dice perfectamente que no hay consentimiento si falta el concurso de voluntades sobre la naturaleza y sobre el objeto del contrato, ¿Se deduce de esto que es inexistente el contrato si

1 Zachariæ, *Curso de derecho civil francés*, t. III, pfo. 451 bis, ps. 216 y siguientes.

una de las partes ha entendido hacer una venta nula y otra un préstamo? ¿Si el vendedor ha entendido vender tal cosa mientras el comprador ha entendido comprar cosa distinta? Nó, pone los contratos en los que no hay consentimiento en la misma línea que los contratos en que hay error sobre una cualidad substancial; en todos casos el contrato es nulo; es decir, simplemente anulable. En su *Tratado del Contrato de Matrimonio*; Pothier sigue los mismos principios. Ni una palabra dice acerca de un matrimonio que fuera inexistente. El consentimiento es en verdad, necesario, puesto que el matrimonio es un contrato; si está viciado por el error, la violencia ó la seducción, se destruye, dice Pothier; ¿quiere decir esto que no exista? Nó, el matrimonio es simplemente nulo. Igual decisión da cuando hay error sobre la persona física; á decir verdad, no hay consentimiento en este caso; de consiguiente, debería decirse que no hay matrimonio. ¿Es esta la opinión de Pothier? Nó, porque éste doctrina que tal matrimonio puede ser confirmado y, en consecuencia, existe. (1)

275. ¿Ha sido introducida por el Código de Napoleón la distinción de las actas inexistentes y de las actas nulas ignorada en el derecho antiguo? No la conocían la mayor parte de los autores; Zachariæ es el primero que la ha formulado. (2) Confiesa que los escritores franceses confunden el matrimonio inexistente y el matrimonio simplemente nulo. Al menos, dice, su teoría es de tal manera vaga que no se podría reconocer si han querido admitir ó rechazar la distinción. Marcadé la adopta, deberíamos decir que la profesa, sin mencionar á Zachariæ, de quien la

1 Pothier, *Tratado de las obligaciones*, núms. 17 y 18; *Tratado del contrato de matrimonio*, núms. 307, 308 y 309.

2 Zachariæ, Traducción de Massé y Vergé, t. I, ps. 169 y siguientes.

ha tomado, lo cual no impide que extravíe á los autores que no la admiten. «Es extraño, dice, y, sobre todo, triste, ver que la mayor parte de los autores confunden el matrimonio inexistente con el matrimonio anulable y presentarnos como teoría una mezcla de ideas incoherentes, en las cuales no es posible al espíritu encontrar algo de lógica.» (1) Esta reprensión se dirige á Toullier, á Duranton y aun á Merlin; también Pothier está entre los culpables. Seamos más modestos y confesemos que la cuestión es dudosa. Esto es lo que dice M. Demolombe, aunque adopta la distinción. No es el rigor de las deducciones lo que distingue á este estimable escritor. Conviene en que la distinción es verdadera, pero se niega á aceptar todas sus consecuencias; aun cuando haya sido reproducida varias veces en el Consejo de Estado no es seguro, dice, que se haya hecho reconocer decididamente, y, en todo caso, puede afirmarse que el Código Civil, si es que la adoptado, no lo ha hecho sino con tanta vacilación y obscuridades que no lo han advertido sus intérpretes. (2)

Creemos que puede basarse en los textos del Código la distinción de las actas inexistentes y de las actas nulas, y encuentra también apoyo en las discusiones. Basta eso para que deba admitirse, puesto que está fundada en los principios verdaderos. Y si esto es así también debe aplicarse la doctrina en todas sus consecuencias. En derecho no conocemos la verdad á medias; nuestra ciencia es una ciencia lógica. Si una teoría no está arraigada ni en los textos ni en el espíritu de la ley debe ser rechazada; si, por el contrario, es jurídica, si tiene en sí la letra de la ley y los trabajos preparatorios, debe aceptarse y no retroceder

1 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, p. 459, núm. 3.

2 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. III, p. 377, número 239.

ante ninguna consecuencia. Consultemos, pues, antes que todo el Código Civil.

276. El Código nada dice de la primera condición: la diferencia de sexos. Eso se concibe. Habría sido una necesidad de parte del legislador proclamar solemnemente que se necesitan un hombre y una mujer para que haya matrimonio. Apenas si puede detenerse la doctrina en una verdad que es más que una axioma. No obstante, puede, por analogía, citarse un texto. El Código de Napoleón exige como condición esencial de los contratos pecuniarios una causa; es decir, un motivo jurídico para contratar, y decide que «la obligación sin causa no puede tener efecto alguno» (art. 1131). Esto equivale á decir enérgicamente que sin causa no hay obligación y que, por lo mismo, el contrato es inexistente. Ahora bien, ¿no es evidente que el motivo jurídico que mueve á los futuros cónyuges á contraer matrimonio es la unión corporal? Lo que no excluye la unión de las almas, pero esta unión moral supone sexos diferentes. El hombre se completa por la unión con la mujer, lo mismo que la mujer se completa uniéndose al hombre. Sentado esto, si no hay diferencia de sexos el matrimonio carece de causa y debe decirse con el artículo 1131 que semejante contrato «no puede tener efecto alguno.» Por aplicación de este principio es por lo que el Código decide que una venta sin objeto es *nula* (art. 1601); es nula porque carece de causa, y no teniendo causa no puede tener efecto alguno; es, por lo mismo, inexistente. ¿No debe ser lo mismo en un matrimonio en el que falte el hombre ó la mujer? Sería este un contrato sin objeto y, por tanto, nulo en el sentido del artículo 1601, ó, como decimos, inexistente.

277. Para la segunda condición, el consentimiento, tenemos un texto. Dice el artículo 142: «Si no hay consentimiento no hay matrimonio.» Aparentemente este artículo

es decisivo y se cita de ordinario para probar que en todo contrato se requiere el consentimiento para la existencia del convenio. Notemos, en efecto, que la ley no dice que el matrimonio es *nulo* cuando falta el consentimiento. La palabra nulo es una expresión de doble sentido y, por lo mismo, dudosa; unas veces significa *inexistente*, como en el art. 1601, y otras, las más frecuentes, denota que el acta señalada de nulidad es solamente anulable. Parece que el Código ha querido prevenir toda duda diciendo *no hay matrimonio*. Se ¿puede expresar más enérgicamente la idea de que el matrimonio es *inexistente*? Si los autores del Código no se han servido de este término es porque no es francés, pero han dado la definición de él de cierta manera al decir que *no hay matrimonio*.

Si se pudiera hacer abstracción de los trabajos preparatorios la disposición del art. 146 sería, en efecto, decisiva. Pero las discusiones, en vez de ilustrar nuestro principio, no hacen más que obscurecerlo, hasta el punto de arrojar dudas sobre la intención del legislador; no se sabe en definitiva, lo que éste ha querido. Se prevalece con tanta frecuencia de los trabajos preparatorios, sobre todo en las cuestiones de las nulidades de matrimonio, que no es inútil mostrar cuán vagas, contradictorias y poco concluyentes son en el debate que nos ocupa.

¡Cosa extraña! La distinción entre las actas inexistentes y las actas nulas fué formulada en el Consejo de Estado; pero no fué un jurisconsulto quien la profesó sino el soldado de genio que dirigía los destinos de Francia y del mundo. Zachariæ dice que el Primer Cónsul dió más de una vez en la discusión del título *Del Matrimonio* pruebas de una notable sabiduría. El elogio es merecido. Napoleón insistió varias ocasiones acerca de la distinción de la cual buscamos huellas en nuestros textos y en los tra-

bajos preparatorios; pero no siendo legista se engañó en la aplicación que hacía de un principio realmente nuevo, puesto que se había escapado á los antiguos juristas; y en el mismo seno del Consejo de Estado pasó casi inadvertida la opinión del Primer Cónsul. Este dijo muy bien "que no deben confundirse los casos en que no hay matrimonio y los casos en que un matrimonio pueda ser casado." (1) Hé ahí la distinción establecida con claridad. ¿Cuáles son los casos en que no hay matrimonio? Aquí el Primer Cónsul incurre en error diciendo "que no hay matrimonio cuando no hay libre consentimiento" ó que no hay contrato "si existe violencia." (3) Eso no es exacto; la violencia es un simple vicio del consentimiento, vicio que hace nulo el contrato; pero no puede decirse que no hay consentimiento y, consiguientemente, no hay matrimonio. Napoleón comprendía muy bien que si la violencia es puramente moral no engendra más que un vicio, pero creía que sería de otra suerte en caso de violencia física, de violencia material. (3) En los contratos pecuniarios es admisible la distinción; se concibe, en rigor, que la fuerza obligue á una persona á firmar una acta, dando así un consentimiento aparente que en realidad no existe. En materia de matrimonio eso es imposible porque se necesita una declaración verbal, y no hay poder humano que obligue á decir sí al que persiste en decir nó. La violencia es, pues, siempre moral en el sentido de que la mujer ó el hombre que es violentado elige entre dos males el menor y declara que consiente para escapar de las torturas que se le imponen. Estos errores de aplicación no

1 Sesión del Consejo de Estado de 24 Fructidor, año IX, núm. 17 (Loché, t. II, p. 317).

2 La misma sesión, núm. 15, y sesión de 4 Vendimiario, año X, núm. 37 (Loché, t. II, ps. 316 y 330).

3 Sesión de 4 Vendimiario, año X, núm. 37, y sesión de 24 Frimario, año X, núm. 9 (Loché, t. II, ps. 330 y 362).

impiden que no haya sido advertida por el Primer Cónsul la distinción entre las actas inexistentes y las actas nulas.

278. ¿La opinión del Primer Cónsul ha sido consagrada en el Código que lleva su nombre? Es dudoso. El artículo 4.º del proyecto estaba concebido así: "No es válido el matrimonio si ambos cónyuges no han dado un consentimiento libre. No hay consentimiento: 1.º, si hay error en la persona con quien una de las partes había tenido la intención de casarse; 2.º, si ha habido violencia; 3.º, si ha habido raptó, á menos que haya sido dado el consentimiento por la persona robada después de que haya recobrado su completa libertad." Es evidente que esta disposición confunde las condiciones requeridas para la existencia del matrimonio y las que están prescriptas para su validez. La libertad del consentimiento no es una condición de existencia del matrimonio; existe el consentimiento aunque no sea libre; así, pues, hay matrimonio. Por consiguiente, es inexacto decir "que si ha habido violencia no hay consentimiento." Y si fuera cierto que no hubo consentimiento en caso de violencia se necesitaría decir no "que el matrimonio no es válido" sino que no lo hay, que es inexistente.

La redacción primitiva fué cambiada por la proposición de Bigot-Préameneu. Se redujo el artículo á estos términos: "No hay matrimonio cuando no hay consentimiento; no hay consentimiento cuando hay violencia, seducción ó error respecto de la persona." (1) Esta nueva redacción sancionaba la confusión de las actas inexistentes y de las actas nulas. La primera proposición parecía admitir que el matrimonio es *inexistente* cuando no hay consentimiento; pero la segunda dice que no hay consentimiento cuando

1 Sesión del Consejo de Estado de 26 Fructidor, año IX (Loché, t. II, p. 317, núm. 18).

hay seducción, lo que evidentemente es un matrimonio nulo; no es cierto, por lo mismo, decir que en ese caso "no hay consentimiento;" por tanto, no hay matrimonio. Así lo hizo notar el Primer Cónsul; se empeñó una larga discusión, pero no giró sobre la cuestión agitada por Napoleón; no se preguntó en qué casos debía ser considerado el matrimonio como inexistente y en cuáles simplemente nulo. Sólo Regnier observó que la disposición, para que fuera exacta, debería estar concebida así: "Es nulo el matrimonio cuando haya violencia." El Cónsul Cambacérès acabó por proponer la supresión del segundo párrafo del artículo, siendo ésta su manera de resolver las dificultades. La proposición fué adoptada, pero ¿qué significa? No queda más que la disposición del artículo 146. ¿Quiere decir que el matrimonio es inexistente? ¿Quiere decir que es nulo? La discusión no contesta á esta pregunta.

Aumenta el embarazo del intérprete cuando lee el discurso del Orador del Tribunado. Dice Bouteville: "No hay matrimonio cuando falta el consentimiento." *El artículo 180 no es* más que el desarrollo y la consecuencia de esta disposición; no hay consentimiento si no ha sido perfectamente libre, si ha sido efecto de la violencia ó el error. (1) Hé ahí de nuevo la confusión completa. Según el texto del art. 146 debe creerse que el matrimonio es inexistente cuando no hay consentimiento. Nó, dice Bouteville, el matrimonio es solamente nulo porque da lugar á una acción de nulidad en virtud del artículo 180, acción que debe ser intentada en un corto plazo, nulidad que puede ser excusada con una confirmación. ¿Qué debe decidirse entonces? Que los trabajos preparatorios dejan indecisa la cuestión. Hay, efectivamente, testimonios contradictorios. El Primer Cónsul se declara por la distinción de las actas in-existentes y de las actas nulas. Otros la niegan no en

1 Loaré, *Legislación civil*, t. II, p. 412, núm. 16.

términos precisos sino implícitamente; confunden más bien que niegan. Permanecemos, pues, en presencia del texto y éste no puede ser más claro. El texto es, en definitiva, el decisivo y no una discusión que de más á más no trató de la cuestión que debatimos.

279. La tercera condición, la de la presencia de un oficial del estado civil, no está prevista en el Código de Napoleón. Este declara nulo el matrimonio cuando es celebrado por un oficial incompetente (art. 191), nada dice del caso en que el matrimonio hubiera sido celebrado por un oficial público sin ninguna calidad ó por un ministro del culto. Entonces hay falta absoluta de solemnidad. En el título *De los Contratos* encontramos una disposición que concierne á las formalidades prescriptas para los contratos llamados solemnes. El art. 1339 dice: "El donante no puede reparar, por ningún acto confirmativo, los vicios que tenga una donación intervivos; si es nula en la forma es preciso que se rehaga en la forma legal." Hé ahí una sanción expresa de la doctrina de las actas inexistentes. ¿Por qué no puede ser confirmada la donación que es nula en la forma? Porque no existe y la nada no puede confirmarse. ¿Por qué es inexistente una donación nula en la forma? Porque en los contratos solemnes el consentimiento debe ser dado según las formas prescriptas por la ley; si no no existe.

El art. 1339 es, pues, la consecuencia de un principio. ¿Puede aplicarse el principio al matrimonio? Sí, en verdad, porque no basta un consentimiento cualquiera para que haya matrimonio. El matrimonio es el más solemne de todos los contratos; por lo mismo, es preciso que la unión sea celebrada por un oficial del estado civil para que constituya un matrimonio. Pero si el principio del art. 1339 recibe su aplicación en el matrimonio no debe deducirse que todas las solemnidades prescriptas para el matri-

monio son de la esencia del matrimonio, lo mismo que todas las formas prescriptas para las donaciones son de la esencia de la donación. Es grande la diferencia entre los contratos llamados solemnes y el matrimonio. En los contratos solemnes debe haber una escritura tirada por un notario; si falta la escritura no hay contrato; nada hay de más en éste si la escritura es nula, porque una acta nula no es acta. En el matrimonio se necesitan declaraciones verbales recibidas por un oficial del estado civil; en eso consiste la esencia de la solemnidad. También se necesita una acta, pero esta acta es requerida más bien para la prueba del matrimonio que para su existencia. Así, pues, la ley no prescribe, so pena de nulidad, cuáles han de ser las formas con que debe levantarse el acta de matrimonio. Por imperfecta que esté existe, pudiéndose hacer rectificar las irregularidades. Hay más: aun cuando no haya acta puede suplirse (art. 46). No es posible, pues, apoyarse en el art. 1339 y aplicarlo al matrimonio sino en lo que concierne al principio mismo de la solemnidad.

El art. 1339 ofrece un testimonio tan convincente en apoyo de la doctrina de Zachariæ que se nos permitirá agregar algo sobre el asunto. Cuando el matrimonio es nulo el vicio de nulidad puede ser destruido por la confirmación en los casos en que la nulidad no sea de interés general (arts. 181, 183 y 185). Un matrimonio inexistente no puede ser confirmado lo mismo que una donación inexistente, porque la confirmación de la nada es una insensatez. Este principio ha sido formulado con claridad en el informe rendido al Tribunado por el tribuno Jaubert. «Una idea verdadera y sencilla, decía ésta, es que no puede confirmarse más que lo que ha existido realmente, aunque por algún vicio carezca de fuerza. Resulta de esto que no se puede, de ninguna manera, confirmar pretendidos

convenios cuya existencia nunca ha reconocido la ley. Jaubert pone un ejemplo: «La ley ha declarado que no podía haber convenio sin objeto ó sin causa lícita. En ese caso no puede haber lugar á confirmación.» (1)

280. De consiguiente, podemos afirmar que el Código de Napoleón sanciona la distinción de las actas inexistentes y de las actas nulas en su texto (artículos 146, 1131 y 1339) y en su espíritu, comprobación de las palabras del Primer Cónsul y del tribuno Jaubert. Queda, sin embargo, una duda. Se pregunta cómo es que una distinción tan jurídica, una vez propuesta, no fué tomada en consideración por el Consejo de Estado y formulada claramente. Nosotros contestamos que así sucede con todas las innovaciones, contando desde los inmensos progresos que cambian la faz de la civilización hasta los progresos más modestos que se realizan en el dominio del derecho. Los hombres están tan adheridos al pasado que se espantan de toda novedad. Los reformadores del siglo XVI habrían retrocedido espantados si hubieran previsto que una reforma comenzada en nombre de la revelación acabaría por la repulsa de toda revelación sobrenatural. En el Código Civil hay muchas innovaciones de las cuales no se dieron cuenta los autores del Código. ¿Qué digo? parece á veces que sancionan los antiguos principios, aun cuando admitían uno nuevo. Así sucede en la parte de la venta. Esta tiene por objeto principal la translación de la propiedad; de donde se sigue que el vendedor se obliga á transferirla; sin embargo, los artículos 1582 y 1603 reproducen textualmente la antigua doctrina, según la cual el vendedor se obligaba solamente á entregar la cosa y á garantirla. La innovación resulta del art. 1599, que declara nula la venta de la cosa ajena, lo cual es evidente apesar de las vacilaciones del legislador.

1 Informe de Jaubert sobre el título *De las Obligaciones*, en la sesión de 14 Pluvioso, año XII (Loaré, t. IV, p. 231, núm. 24).

Lo mismo pasa con la doctrina que distingue las actas in-existentes de las actas nulas. Existe en nuestros textos; ha sido sostenida en el Consejo de Estado con una especie de obstinación de parte del Primer Cónsul, y ha sido reproducida por el tribuno Jaubert. Pero no está formulada claramente, porque no fué claramente advertida por los juristas nutridos en los antiguos principios.

La aplicación del nuevo principio no carece de dificultad. Un matrimonio es inexistente cuando no ha habido consentimiento. Sin embargo, se ha celebrado y existe una acta levantada por el oficial del estado civil. ¿Puede decirse que un hecho jurídico es inexistente cuando está comprobado con una acta auténtica? Esto equivale á preguntar cuáles son las consecuencias del acta inexistente. Examinaremos la cuestión cuando hayamos expuesto los principios sobre las condiciones requeridas para la validez del matrimonio. Las diferencias que separan las actas in-existentes y las actas nulas no se comprenden bien sino cuando se las pone á la vista. Conocemos ya las condiciones cuya falta de cumplimiento hace inexistente el matrimonio. Vamos á ver ahora cuáles son las que traen consigo la nulidad de este contrato.

CAPITULO III.

DE LAS CONDICIONES REQUERIDAS PARA LA VALIDEZ DEL MATRIMONIO.

SECCION I.—De la edad.

281. Dice el art. 144: "No pueden contraer matrimonio: el hombre antes de dieciocho años cumplidos y la mujer antes de cumplir quince años." En general la capacidad legal de las personas, hombres ó mujeres, no comienza sino en su mayor edad (art. 488). ¿Por qué el matrimonio, el acto más importante de la vida, puede ser contratado por menores? Portalis, en su notable exposición de los motivos, no se ocupa más que del lado fisiológico de la cuestión. El Orador del Gobierno se pregunta en qué época son púberes los hombres. Verdad es que antes de esta época no puede ser permitido el matrimonio. ¿Pero debe serlo desde que existe la pubertad? Se trató poco de esta cuestión en los trabajos preparatorios. Portalis tiene mucha razón al decir que una buena educación puede dilatar hasta una edad muy avanzada la ignorancia de los deseos y la fuerza de los sentidos; añade que los pueblos que no han precipitado la época en que se puede llegar á